

# **PROCESSO E TECNICHE DI ATTUAZIONE DEI DIRITTI**

**Omaggio a Salvatore Mazzamuto  
a trent'anni dal convegno palermitano**

a cura di  
**GIUSEPPE GRISI**



**JOVENE EDITORE 2019**

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2019

ISBN 978-88-243-2599-8

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109

80134 NAPOLI - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19

Fax (+39) 081 552 06 87

website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it)

email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi.

Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248.

È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

*Printed in Italy*

Stampato in Italia

FERRUCCIO AULETTA

## L'EFFETTIVITÀ NEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. La relazione con l'effettività del processo e della tutela. – 1.1. (*Segue*) Effettività del processo come tendenza al contenimento degli effetti della sua coesenziale durata. – 1.2. (*Segue*) effettività della tutela come tendenza alla somministrazione (sì) differita (ma) delle utilità assicurabili originariamente dal diritto sostanziale. – 2. L'effettività della tutela come variabile (talvolta) indipendente dalla legge processuale. – 3. All'effettività nel processo non partecipa la disciplina delle misure cautelari. – 4. L'autonomia dell'indagine sull'effettività endo-processuale. – 4.1. (*Segue*) È ammissibile un potere generale di ordinare misure interinali da parte del giudice? – 4.2. (*Segue*) È ammissibile il principio generale di utilizzabilità di qualunque prova? E il criterio particolare di vicinanza della prova come modificativo di quello generale dell'onere di cui all'art. 2697 c.c.? – 4.3. (*Segue*) L'enforcement dei titoli giudiziari può escludere il creditore dall'accesso a fonti di informazione sul patrimonio del debitore comunque disponibili? – 5. Effettività (endoprocessuale) *vs* efficienza del processo? – 6. La declinante cogenza della legge processuale e l'enfasi del ruolo del giudice nell'affermazione anche dell'effettività nel processo.

### 1. *La relazione con l'effettività del processo e della tutela*

Mi sembra che nella preposizione articolata del titolo del mio intervento stia il punto cruciale del tema che vi si intende(rebbe) riassumere da parte di chi lo ha coniato e a me assegnato: l'effettività di cui si vuol dire non è quella *del* processo né, ancor meno, quella della *tutela*. Per differenza muovo allora i primi passi lungo il perimetro da cui affacciarmi, poi, sulla materia.

Una cosa è l'effettività *del* processo, altra cosa l'effettività della *tutela*, le quali – entrambe – realizzano quell'effettività esplicitamente protetta dalle fonti normative; ma da tutt'e due può distinguersi l'effettività *nel* processo, la cui relazione con le altre è modulabile come di continenza, inerenza, implicazione, ma anche di pregiudizialità, strumentalità, consequenzialità.

#### 1.1. (*Segue*) *Effettività del processo come tendenza al contenimento degli effetti della sua coesenziale durata*

Effettività *del* processo è l'attitudine di un fenomeno (per necessità

logica, e poi anche costituzionale) di “durata” a realizzare esiti per quanto possibili comparabili a quelli propri di fenomeni a carattere – viceversa – istantaneo, che cioè si inverino *uno actu*: che, per esempio, *la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione* è manifestazione di principio ascrivibile al concetto di effettività *del* processo, e ne precipita – ancora emblematicamente – la prescrizione della c.d. *perpetuatio jurisdictionis* (la cui latitudine, cioè l'ampiezza di effettività che si è disposti a riconoscere a un *processo* in quanto tale, potrebbe estendersi fino a includere – in ipotesi – l'intangibilità della convenzione di arbitrato e la sua immunità dalla legge generale sopravvenuta, foss'anche di divieto di compromettere oltremodo per arbitri).

1.2. (*Segue*) *effettività della tutela come tendenza alla somministrazione (sì) differita (ma) delle utilità assicurabili originariamente dal diritto sostanziale*

Effettività della *tutela* è altro ancora<sup>1</sup>: è l'idoneità, variabile in ragione del modo di essere della posizione soggettiva da tutelare, che il rimedio giurisdizionale abbia o meno di (ri-)dare *tutto quello e proprio quello* che sarebbe spettato per il diritto sostantivo, ma la misura di quest'effettività – almeno in astratto – può essere dispensa già del diritto soggettivo, al quale talora spetta – pur nel quadro dell'atipicità che tendenzialmente caratterizza l'azione in giudizio – di attribuire una forma (più) specifica di tutela o – eventualmente – una (diversa e in astratto minore) tutela surrogatoria del “tutto quello e proprio quello” (il caso più discusso, da ultimo, rimane quello del *Jobs Act*<sup>2</sup>, ma – prima – Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49 aveva, per es., riservato all'ordinamento sportivo la competenza a conoscere in via definitiva delle sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sottraendole al giudice amministrativo, anche se i loro effetti superano l'ambito dell'ordinamento sportivo<sup>3</sup>).

Istanze nuove di tutela potrebbero trovare ostacolo nell'inidoneità del rimedio stesso quando, in particolare, la legge non avesse già censito l'esigenza tra quelle, necessariamente tipiche, per le quali il rimedio ottimale sarebbe dato per via di tutela costitutiva, *self-executing*, onde l'arretratezza del legislatore rispetto all'emergenza del bisogno potrebbe rive-

<sup>1</sup> Cfr. I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 355.

<sup>2</sup> Cfr. I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 209.

<sup>3</sup> Q.l.c. adesso riproposta da Tar Lazio, I-ter, ord., 11 ottobre 2017, n. 10171, in *Foro it.*, 2017, III, 660.

larsi d'impedimento all'adeguatezza, e quindi all'effettività della *tutela* in sé e per sé<sup>4</sup>.

2. *L'effettività della tutela come variabile (talvolta) indipendente dalla legge processuale*

Alla legge processuale compete senz'altro assicurare l'effettività del *processo*, non anche l'effettività della *tutela*: la tutela, infatti, può stimarsi ineffettiva anche senza averla già sperimentata *nel* processo, per es. perché largita soltanto per equivalente o sul piano obbligatorio ancorché il relativo processo, *en bloc*, possa risultare rispondente a una normativa intimamente effettiva. Se poi fosse il processo e, segnatamente, la sua durata a risultare in concreto la causa dell'ineffettività della tutela, ancorché la relativa capacità avesse fatto presagire il segno di massima effettività, allora l'effettività della *tutela* può divenire una variabile dipendente (anche) dall'effettività *del* processo.

3. *All'effettività nel processo non partecipa la disciplina delle misure cautelari*

Su tali premesse, provo a focalizzare l'attenzione sull'effettività *nel* processo: devo, però, subito escludere dal raggio di osservazione – necessariamente da contenere entro la normativa di disciplina del processo, del suo modo di farsi, con esclusione di quell'atto terminativo nel quale per l'effettività di processo e tutela tende a riassumersi l'effettività tutta – le disposizioni che regolano le misure cautelari.

Queste non appartengono al dominio dell'effettività *nel* processo *vuoi* perché sussistono misure *self-standing* in cui il provvedimento non conserva più alcun necessario tratto di intimità alla serie ulteriore degli atti del giudizio (e, anzi, assume una capacità di stabilizzazione che evoca l'attitudine degli atti propriamente conclusivi quali la sentenza o la vendita forzata); *vuoi* perché le stesse misure a strumentalità rigida vanno ascritte chiaramente all'ambito della normativa sull'effettività della tutela e del processo, venendosi a porre in posizione servente dell'effettività dell'una e dell'altro.

---

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167: È incostituzionale l'art. 1052, 2° comma, c.c., nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso possa essere concesso dall'autorità giudiziaria quando riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità (di cui alla legislazione relativa ai portatori di handicap) degli edifici destinati ad uso abitativo.

#### 4. *L'autonomia dell'indagine sull'effettività endo-processuale*

Il progressivo avvicinamento all'obiettivo consente a questo punto di iniziare ad analizzare alcuni dei nuclei attorno ai quali addensare la trattazione dell'effettività endoprocessuale: una declinazione particolare del più ampio e noto principio, da secondare – com'è intuitivo – già quale precipitato necessario delle diverse previsioni che, a vario livello, stanno a imporre l'effettività della tutela e del processo in quanto tali.

##### 4.1. *(Segue) È ammissibile un potere generale di ordinare misure interinali da parte del giudice?*

Il primo dei nuclei che attraggono gli sforzi ricostruttivi in ragione dell'obiettivo di accrescere l'effettività *nel* processo mi sembra quello delle misure interinali: come noto, nella litispendenza può essere riconosciuto al giudice di pronunciare allo stato degli atti provvedimenti che hanno la capacità di stabilire la regola del rapporto *sub iudice* finché questo rimanga tale, provvedimenti privi di ultrattività e unicamente funzionali a governare il conflitto mentre è tale (art. 423 c.p.c., in guisa di prototipo<sup>5</sup>).

A ben guardare, si fa difficile ritenere che oggi ricorrano tratti di vera e propria *inherent jurisdiction*<sup>6</sup> a proposito di misure interinali, vale a dire che non è possibile affermare la sussistenza di un potere generale per cui ogni giudice, prescindendo da situazioni particolari (*periculum in mora*) o da previsioni *ad hoc*, possa ritenersi titolato a dettare comunque la regola del rapporto tra le parti mentre queste si oppongono in giudizio l'una all'altra. Una sorta di generale potere interinale avulso dalla ricorrenza di presupposti diversamente orientati a collocare l'istituto entro il novero di quelli autenticamente cautelari ho provato ad argomentare con riferimento all'insopprimibile e incondizionato potere degli arbitri di sospendere “sempre” l'efficacia della delibera societaria impugnata davanti a sé<sup>7</sup>. È tuttavia temerario spingersi troppo oltre nel tentativo di sostenere che si tratta lì niente più che del luogo di emersione di un principio generale, ap-

<sup>5</sup> Almeno nell'accezione datane da Cass. civ., 13 febbraio 1989, n. 880.

<sup>6</sup> È la nota dottrina britannica che è originata, come comunemente ritenuto, dal caso *Cocker v. Tempest*, quando – nel 1840 – Baron Alderson scrisse: “the power of each court over its own processes is unlimited; it is a power incident to all courts, inferior as well as superior; were it not so, the court would be obliged to sit still and see its own process abused for the purpose of injustice”. In dottrina, un uso recente ne è stato fatto per *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-bis c.p.c.*, da Recchioni, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1477.

<sup>7</sup> Cfr. *Le decisioni cautelari e di merito degli arbitri nell'arbitrato societario italiano (per un ripensamento del potere di sospensione dell'efficacia della delibera impugnata: art. 35, c. 5, d.lgs. n. 5/2003)*, in *Riv. arb.*, 2017, 271.

punto di *inherent jurisdiction*; viceversa, appare più sagace prendere atto che ambito di manifestazione dell'effettività *nel* processo sarebbe elettivamente quello di dispiegamento al suo interno (dunque, non mai *ante causam*) di una forma minore del potere di decisione ultimo, in modo da poter ritenere che – *in ogni caso* – spetti a chi abbia la potestà di formare il contenuto della regiodicata anche e *sempre* di prescrivere alle parti una regola cogente del rapporto in corso di amministrazione del conflitto giudiziale, svincolato cioè da presupposti e fini cautelari e in nessuna misura diverso dalla (se non perché trattasi di sola quota impegnata del) potere esercitabile in fine, e comunque privo della possibilità di ogni stabilizzazione o anche soltanto di una qualche gittata ulteriore alla litispendenza.

In breve, mi sembra di poter additare almeno all'interesse degli studi la ricerca dell'approdo che può essere costituito dal riconoscimento del *generale* potere del giudice di emanare misure interinali, con relative condizioni e limiti di esercizio.

#### 4.2. (Segue) È ammissibile il principio generale di utilizzabilità di qualunque prova? E il criterio particolare di vicinanza della prova come modificativo di quello generale dell'onere di cui all'art. 2697 c.c.?

La seconda area di inerenza al concetto di effettività endoprocessuale è quella delle misure di istruzione, la cui disciplina è volta, in un grado che non è sempre il massimo esigibile, allo stabilimento della verità dei fatti che sostanziano la fattispecie *sub iudice*.

Si tratta, quanto alle diverse opinioni concernenti la utilizzabilità o coercibilità delle fonti asseverative che siano note al giudice, di un dibattito aperto e da sempre in corso: si pensi ai tentativi di operare, su base sistematica, attraverso il sequestro giudiziario l'altrimenti irrecuperabile dispersione dell'oggetto dell'esibizione non spontaneamente prodotto pur dopo l'ordine apposito.

Ora, se l'acquisizione di dati genuini e veri si ritenga di spingere oltre la dimensione attuale, ove stimata insoddisfacente, si fa inevitabile – esemplarmente – seguire l'intuizione di chi, in dottrina, ha di recente patrocinato l'utilizzabilità della prova formata(si) in violazione di divieti e, così, giungendo a sostenere l'assenza di limiti originari all'impiego di mezzi di conoscenza all'interno del processo civile<sup>8</sup>. È ovvio che, nella specie, la massima effettività endoprocessuale non si libra in uno spazio giuridica-

<sup>8</sup> L. PASSANANTE, *Prova illecita (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 681; ID., *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, su cui v. la recensione di G.M(onteleone), in *Giusto proc. civ.*, 2017, 968.

mente vuoto e la linea di contenimento dell'espansione del principio di utilizzabilità (quale profilo nuovo dell'effettività *nel* processo) non può non essere individuata anche in considerazione dell'intensità dei divieti e della gravità dei precetti che si oppongono alla captazione del dato a uso probatorio, magari nella ricerca di un punto di bilanciamento delle opposte tensioni *pro* e *contra* la destinazione giudiziale della conoscenza.

Contigua è l'area delle regole distributive dell'onere della prova: qui mi sembra di rinvenire già in giurisprudenza una notevole apertura verso un'idea di effettività endoprocessuale che si va definendo come avversione a ogni forma di disciplina formale *ex ante* e come favore verso accomodamenti empirico-processuali del caso singolo al fine di conquistare una giustizia procedurale da tradurre come razionale ed equa esigibilità dell'assolvimento dell'onere più della meccanica articolazione dei fatti in costitutivi ovvero e.-m.-i.

In argomento, com'è stato già notato<sup>9</sup>, la dissoluzione della logica della fattispecie ha condotto all'introduzione del criterio, prima in funzione di mitigazione dell'esasperazione del principio poi quale vera e propria ragione autonomamente distributiva del carico probatorio e del connesso rischio d'insuccesso dell'intrapresa dimostrativa, noto come criterio di prossimità o vicinanza della prova.

Sennonché, come sopra ho già osservato a proposito dell'espansione di una specifica idea di effettività endoprocessuale e della correlata incontenibilità entro l'alveo della sola disciplina degli atti del giudizio, qui si fa evidente come l'impredittibilità della quota di carico probatorio da sopportare da ciascuna parte si traduca in incalcolabilità della decisione, o – prima – della quota di accollo dell'alea di esito sfavorevole alla parte, ciò che può produrre effetti immediati sulla stessa determinazione di agire o resistere e, dunque, produrre effetti destinati a essere risentiti dalle posizioni soggettive interessate sul piano sostanziale.

Insomma: non è mai pensabile che l'effettività *nel* processo abbia come suoi confini il solo processo, ed è pertanto da considerare come ineliminabile la ricorrenza di una sorta di golena entro cui lo sfogo di tale maggiore espansione del principio di effettività possa ragionevolmente essere controllato nella sua esorbitanza dagli ambiti del giudizio. Nella specie, sarebbe allora opportuno che l'introduzione del criterio di vicinanza risultasse quale mera tecnica esonerativa della prova ma non, quale invariabile riflesso simmetrico, costitutiva dell'istantaneo accollo del rischio di insuccesso probatorio sopra l'altra parte, che avesse legittimamente ispirato la propria condotta alla regola nota *ex ante* e non già a quella fattasi

---

<sup>9</sup> G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 1<sup>5</sup>, Bologna, 2017, 109 s.



cogente lite pendente (in questo la neutralità costituzionale del modello istruttorio ibrido del nostro Codice può aiutare nella ricerca della dose più sopportabile dell'ingrediente dell'iniziativa probatoria d'ufficio).

4.3. (*Segue*) *L'enforcement dei titoli giudiziari può escludere il creditore dall'accesso a fonti di informazione sul patrimonio del debitore comunque disponibili?*

Ultima esemplificazione dell'effettività endoprocessuale mi piace trarla dalla disciplina dell'esecuzione forzata: a me sembra che, almeno per i titoli di produzione giudiziaria, l'apparato pubblico di giustizia non possa sottrarsi dal somministrare assistenza al creditore che ricerchi l'*enforcement* del titolo creato dal giudice, e così debba considerarsi il legislatore, per via dell'effettività *nel* processo esecutivo, tenuto a consentire il massimo accesso possibile ai dati e alle informazioni da cui consegue la possibilità di attuare i diritti accertati dal giudice.

In questa logica, la ricerca informatica dei beni da pignorare *ex art. 492-bis* c.p.c., per es., non potrebbe considerarsi altro che il luogo di manifestazione di questo principio, né potrebbe altrimenti sottrarsi a qualunque creditore, tale almeno in base a titolo giudiziario<sup>10</sup>, quelle risorse informative sui beni da pignorare che pur fossero disponibili dall'apparato pubblico (che invero assume su di sé il servizio di *enforcement*)<sup>11</sup>.

In breve: si può giungere a ritenere costituzionalmente dovuto al creditore, quando abbia ottenuto ragione dal giudice dello Stato, che lo Stato medesimo non possa negargli nessuna delle informazioni di cui dispone per l'*enforcement* di un proprio ed equivalente diritto, e così da subito rendere pienamente accessibile tutta la stratificazione informativa degli archivi informatici governati dall'autorità, fino alla profondità massima attingibile. Certo, non compete(rebbe) mai al legislatore del processo *to pierce the veil* della soggettività giuridica – e dunque assicurare la imputazione sostanziale dei beni a chi l'abbia veramente e non già ad altri che ne appaia titolare –, e però nei limiti in cui l'ostacolo all'apprensione dei beni in sede espropriativa non derivi dallo scudo della diversa soggettività giuridica il servizio di giustizia statuale, per effettività endoprocessuale, non può ulteriormente negare tutto quanto gli appartiene, o comunque tutto quanto sarebbe utilizzabile come strumentario tecnico per la realizzazione di un corrispondente credito dell'Amministrazione medesima.

<sup>10</sup> Cfr., se vuoi, F. AULETTA, *La dichiarazione del debitore sulla propria responsabilità patrimoniale: per un ripensamento dei sistemi di compulsory revelation of assets a due secoli dall'abolizione dell'arresto per debiti*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, 225.

<sup>11</sup> All'art. 492-bis, 2° comma, c.p.c. si legge: "con l'autorizzazione di cui al primo comma il presidente del tribunale o un giudice da lui delegato dispone che l'ufficiale giudi-

### 5. *Effettività (endoprocedurale) vs efficienza del processo?*

Data la esposizione per punti di esemplificazione di ciò che intendo come peculiare all'ambito dell'effettività *nel* processo, è opportuno provare a tracciare una linea di sintesi, che consenta di concludere al suo interno l'essenza concettuale, il denominatore comune dei casi emblematicamente trattati fin qui.

A me sembra, allora, che la proposta declinazione dell'effettività sia quella che, su base normativa o interpretativa, viene compiendo, con la progressiva evoluzione in capacità dei mezzi impiegati, l'implementazione dell'apparato tecnico che risulti strumentale alla più giusta e adeguata assicurazione dell'atto finale, mentre quest'ultimo rimane caratterizzato da una disciplina naturalmente a sé stante (l'atto interno alla serie e l'atto terminativo della serie rispondono a logica e disciplina assai diverse, fino al punto che soltanto quello interno conosce addirittura l'equivalenza atto/non-atto<sup>12</sup>). La sentenza o la vendita forzata, atti che guardano al processo da una parte mentre dall'altra guardano al diritto sostanziale, sono caratterizzati da un regime loro proprio, estraneo alle considerazioni che qui si conducono<sup>13</sup>. E la copertura costituzionale della declinazione dell'effettività *nel* processo, pervadendo il numero dei soli atti interni, vi estende(rebbe) il *massimo* dei significati che è possibile arrecare anche a questi dalla garanzia dell'agire "*in*" giudizio e "*per*" la tutela dei propri diritti: quel *massimo* che ho provato a esporre nei punti di emersione quali-

---

ziario acceda mediante collegamento telematico diretto ai dati contenuti nelle banche dati delle pubbliche amministrazioni (...) e, in particolare, nell'anagrafe tributaria, compreso l'archivio dei rapporti finanziari, e in quelle degli enti previdenziali, per l'acquisizione di tutte le informazioni rilevanti per l'individuazione di cose e crediti da sottoporre ad esecuzione, comprese quelle relative ai rapporti intrattenuti dal debitore con istituti di credito e datori di lavoro o committenti". Ma in precedenza la norma disponeva (...) che, in via disgiunta dall'accesso ai soli "dati contenuti nelle banche dati delle pubbliche amministrazioni" la ricerca potesse anche dirigersi, più in generale, verso quelle banche dati, a prescindere dalla loro residenza o consistenza, "alle quali le stesse [pubbliche amministrazioni] possono accedere", con parole – queste ultime – soppresse poi dall'art. 13, comma 1, lett. ff), d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. l. 6 agosto 2015, n. 132. Quindi, l'art. 155-*bis* disp.att. (Archivio dei rapporti finanziari) stabilisce che "Per archivio dei rapporti finanziari di cui all'articolo 492-*bis*, secondo comma, del codice si intende [solamente] la sezione di cui all'articolo 7, sesto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 605". Le informazioni con gli istituti di credito, insomma, escludono esemplarmente il saldo del conto corrente, sebbene noto all'Agenzia delle Entrate per invio fattone dagli intermediari, giacché la normativa sulla ricerca dei beni da pignorare lascia intendere che tale dato sia utilizzabile al solo fine dell'accertamento fiscale e non anche ai fini della tutela dei crediti di terzi.

<sup>12</sup> Cfr., per una recente occasione di ribadimento, quanto scritto con R. POLI, *Il lento addio dei giudici all'«inesistenza» degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1651.

<sup>13</sup> E perciò, tanto per esemplificare, è sembrato estraneo il tema delle *astreintes*, siccome più propriamente inerente allo statuto normativo del provvedimento finale.

ficata esaminati sin qui, dove l'effettività tecnica e l'effettività finalistica ho provato a coniugare secondo criteri forse non consueti.

Potrebbe sorgere del tutto legittimamente il dubbio che così avendo concepito l'*effettività* in realtà il discorso abbia trasmodato verso nient'altro che l'*efficienza* della *machinery* processuale, ma così non dev'essere specie svolgendo, d'accordo con chi ha affrontato assai meditatamente il tema<sup>14</sup>, la riflessione che efficienza ed effettività possono divenire opposti nella dinamica delle forze determinanti la procedura civile di oggi.

L'efficienza, infatti, ha preso con sé l'accezione per cui la si ascrive a un insieme di componenti che, complessivamente considerate, appaiono in grado di produrre i risultati ottimali per il sistema in osservazione. Ma, così intesa, l'efficienza diventa un valore che può contrastare con l'effettività, la quale esprime un valore apprezzabile da un angolo d'osservazione individuale, è misura della soddisfazione anche individuale del bisogno; viceversa, l'efficienza, dal punto di vista generale, dà conto del gradiente attinto in rapporto a quello possibile, sicché è efficiente ogni sistema che non dà sprechi ancorché senza realizzare la massima soddisfazione dell'utente.

Il servizio giudiziario in senso lato non può offrire, già per la limitatezza delle risorse disponibili nel contesto del principio costituzionale di equilibrio del bilancio pubblico<sup>15</sup>, la massima soddisfazione all'individuo se non togliendo ad altri una corrispondente parte di risorse<sup>16</sup>, che equamente distribuite possono poi realizzare una soddisfazione media e, in assenza di sprechi, neanche efficiente. L'efficienza del sistema è, dunque, un obiettivo che consuma in sé – come autocombustibile da cui trarre energia – quote di effettività misurabili *pro capite*, e implica una sorta di rinuncia preventiva al massimo grado di effettività per ciascun utente.

Ciò è lucidamente stato evidenziato dalla letteratura specialmente estranea alle tradizioni continentali, tradizioni fattesi sensibili soltanto di recente a discorsi del genere, la quale mette ormai in guardia dalla progressiva emarginazione del processo e della rilevanza delle sue norme in quanto tali, onde l'effettività *nel* processo non può non significare anche rivalutazione di una disciplina del diritto e della scienza – quella processuale, appunto – in antitesi al montante favore per forme di *non-trial adju-*

<sup>14</sup> Cfr. I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 401.

<sup>15</sup> Cfr. il mio contributo su *L'introduzione del principio costituzionale di equilibrio nel bilancio dello Stato: per un ripensamento dei valori nell'ordinamento della giustizia pubblica*, in AA.VV., *Ius dicere in a globalized world*, a cura di C. D'Alessandro e C. Marchese, Roma TrE-Press, Roma, 2018, 91 ss.

<sup>16</sup> Cfr., per tutti, J. SORABJI, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis*, Cambridge University Press, 2014, dove si esaminano gli effetti negativi dell'introduzione della *proportionality* tra i c.d. *overriding objective* delle CPR.

*dication*: «Efficient is not synonymous with inexpensive. Rather, it refers to an optimal tradeoff between cost and function; a system may simultaneously become less expensive and less efficient, if cost savings are offset by loss of productivity. Yet, [...] if we conceive of the rules and doctrines governing civil procedure as a product, the Judiciary, Congress, and federal civil rulemakers have confused cheap with efficient. They have made this version of “efficiency” [...] the dominant norm of the civil litigation system. This efficiency norm is problematic because institutional actors falsely equate efficiency with the idea that litigation must simply become cheaper. This has led to two profound shifts in key presumptions underlying civil litigation: the shift from a merits-based trial to non-trial adjudication and the shift from plaintiff receptivity to plaintiff skepticism. [...] These now-dominant civil litigation presumptions are dangerous and unwarranted because they further de-democratize civil litigation»<sup>17</sup>.

6. *La declinante cogenza della legge processuale e l'enfasi del ruolo del giudice nell'affermazione anche dell'effettività nel processo*

In conclusione, un rilievo appare possibile: che l'effettività *nel* processo rimane altro dalla sola e pur piena applicazione della legge processuale, a quest'effettività nuova non bastando comunque la mera, lineare applicazione della *norma agendi* del giudice, e ciò in quanto la sua stessa tecnica redazionale si è ormai piegata all'enfasi del ruolo del giudice, in modo da lasciargli lavorare continuamente la disciplina normativa del processo come materia sempre più docile e malleabile.

Come ho, mio malgrado, dovuto riportare ad ascoltatori stranieri circa lo stato del processo civile (anche) italiano, gli è che adesso questo è divenuto luogo non più di «attuazione della legge, cioè del diritto in senso obbiettivo» senz'altro<sup>18</sup>, perché di tale nota affermazione dev'essere operata la correzione<sup>19</sup> secondo cui il processo attua obbiettivamente la sola legge *sostanziale*, quella processuale essendo scaduta al rango di flessibile protocollo di lavoro, a un insieme di pratiche affidabili o linee guida consigliate, quasi soltanto un metodo di lavoro perlopiù condiviso, e però protocollo o metodo quasi mai cogente e nemmeno esclusivo<sup>20</sup>. Ma così stando le cose, anche l'effettività *nel* processo può dipendere da questo o quel giudice.

<sup>17</sup> B.D. COLEMAN, *The Efficiency Norm*, 56 *Boston College L. Rev.* 1777 (2015), Seattle University School of Law Research Paper No. 15-15 (<https://papers.ssrn.com>).

<sup>18</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 1923, Napoli, rist. 1965, 65.

<sup>19</sup> Cfr. E. BETTI, *Diritto sostanziale e processo*, Milano, rist. 2006, 42.

<sup>20</sup> Cfr. *Nullities and the effects of defective procedural acts in European law*, in corso di pubblicazione in *Journal of Comparative procedural law*.